

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile

Tomo I

a cura di Marcello Maggiolo e Giovanni Maria Uda

Emanuela Andreola, Tommaso Auletta,
Giovanni Bonilini, Fabio Botta,
Francesco Capriglione, Aldo Checchini,
Matilde Girolami, Marcello Maggiolo,
Aldo Petrucci, Enrico Quadri,
Vincenzo Roppo, Michele Sesta,
Roberta Zollo, Andrea Zoppini.

XXV

2020-1

INSCHIBBOLETH

Gennaio - Giugno

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica Guglielmo Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Christoph SCHMID (Università di Brema); Agustín LUNA SERRANO (Università Ramon Llull Barcelona)

Comitato di redazione

Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”)

Segreteria di redazione

Carlo ATTANASIO; Roberta BENDINELLI; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Maria Teresa NURRA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.

Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019. Periodicità: semestrale.

ISSN Print: 2240-4856

ISSN on line: 2240-4864

© 2021, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 1/2020, gennaio-giugno, pubblicato online il 24 marzo 2021.

INDICE

SALUTO INAUGURALE p. 11

Editoriale

FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Covid-19. Incertezze domestiche e speranze europee* p. 13

Liber amicorum per Mario Segni I rapporti privati nella società civile Tomo I

PRESENTAZIONE p. 37

EMANUELA ANDREOLA, *Affidamento familiare consensuale e limiti di controllo (Art. 9, commi 4° e 5°, Legge 184/1983)* p. 39

TOMMASO AULETTA, *Natura, acquisti e amministrazione della comunione legale* p. 55

GIOVANNI BONILINI, *Autonomia privata e successione testamentaria* p. 77

FABIO BOTTA, *Responsabilità penale 'di gruppo' e solidarietà. Formazioni militari e bande armate fra diritto romano e alto Medioevo* p. 95

ALDO CHECCHINI, *Mario Segni Privatista* p. 117

MATILDE GIROLAMI, *Ragioni economiche del settore bancario-finanziario e funzione nomofilattica della Cassazione* p. 123

MARCELLO MAGGIOLO, *Exceptio doli e diritto bancario: a proposito di Collegio di Coordinamento ABF n. 17814/2019 (e delle Sezioni Unite in materia di nullità selettiva)* p. 145

ALDO PETRUCCI, <i>Elementi fiduciari nei rapporti contrattuali con gli institores ed i magistri navis e nelle relazioni tra soci alla luce delle fonti giurisprudenziali romane</i>	p. 157
ENRICO QUADRI, <i>Matrimonio, unione civile, convivenze</i>	p. 179
VINCENZO ROPPO, <i>Sulla transazione: patologie e rimedi</i>	p. 195
MICHELE SESTA, <i>Diritto di famiglia e Costituzione oggi. Dialogo con Mario Segni</i>	p. 205
ANDREA ZOPPINI, <i>Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti</i>	p. 223
SALUTO DELL'ONORATO	p. 237

Giurisprudenza

Note a sentenza

ROBERTA ZOLLO, <i>La riforma delle Banche di Credito Cooperativo: profili problematici</i> (Sent. 17/2020, Corte cost.)	p. 241
---	--------

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile
Tomo I

Elementi fiduciari nei rapporti contrattuali con gli *institores* ed i *magistri navis* e nelle relazioni tra soci alla luce delle fonti giurisprudenziali romane*

Aldo Petrucci

Sommario: 1. I nostri obiettivi. – 2. Tre settori emblematici dove opera la tutela dell'affidamento dei terzi contraenti. – 3. La buona fede nei rapporti tra i soci. – 4. Una breve conclusione.

1. I nostri obiettivi

I dati della giurisprudenza romana giunti ai nostri giorni, che trattano dell'*exercitio negotiationum*, sottolineano molte volte e sotto molteplici profili l'importanza del fattore fiduciario sia nei confronti dei terzi contraenti che nei rapporti tra esercenti delle attività economiche. In questa sede, nell'omaggiare l'illustre Autore, cui questi studi sono dedicati, intendiamo approfondire due punti.

Il primo riguarda i rapporti tra chi gestisce l'attività in qualità di *institor* o *magister navis* e quanti entrano o potrebbero entrare in relazioni contrattuali con lui. E qui incontriamo disposizioni molto chiare rivolte alla tutela dell'affidamento di questi ultimi sia sul piano delle informazioni precontrattuali, onde evitare situazioni che, in termini moderni, potremmo definire di asimmetria informativa¹, sia sul piano della responsabilità discendente dall'inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del gerente.

* Il presente contributo si basa fondamentalmente su quello da me redatto e pubblicato nel volume *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, Giappichelli, Torino 2020.

¹ Sul punto v., di recente, L. MAGANZANI, *Economia e diritto romano (XIX-XXI sec.)*. *Storie varie di convergenze parallele*, in *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, a cura di E. LO CASCIO e D. MANTOVANI, Pavia University Press, Pavia 2018, p. 156 ss.; A. PETRUCCI, *Potere informativo e conclusione del contratto: spunti di comparazione diacronica*, in *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano (Atti del Congresso internazionale, Brescia 19-22 marzo 2019)*, a cura di A. SACCOCCIO e S. CACACE, II, Giappichelli, Torino 2020, p. 559 ss.

Il secondo punto concerne, invece, i rapporti interni tra coloro che esercitano l'attività economica e sono uniti da un contratto di società (*societas*), poiché tale contratto risulta fondato sulla *bona fides*, che ne forgia gli aspetti più significativi della disciplina giuridica.

In una raccolta di studi, qual è la presente, ci limiteremo a svolgere soltanto talune considerazioni basilari, con l'obiettivo però di contribuire ad una migliore comprensione del fenomeno fiduciario, collegato allo svolgimento delle attività economiche, nel suo complesso ed in una prospettiva di comparazione diacronica. Il metodo di ricerca è quello a me consueto in tali circostanze: privilegiare il contenuto dei dati delle fonti a scapito di molte discussioni dottrinali moderne (a volte futili e spesso estranee a prospettive di dialogo con gli ordinamenti moderni), traendo da essi quegli elementi e spunti utili al ragionamento che si sta conducendo.

Infine, un'ultima avvertenza. Poiché il primo dei due punti appena indicati – quello della tutela dell'affidamento dei terzi contraenti con i *negotiatores* romani – è stato già oggetto di attenzione da parte mia in svariate occasioni², mi sforzerò di evitare, per quanto possibile, tediose ripetizioni, mentre per il secondo punto mi gioverò di conclusioni già pacifiche in dottrina, inquadrando però nell'ottica precipua della presente indagine e sviluppando su di esse brevi considerazioni.

2. Tre settori emblematici dove opera la tutela dell'affidamento dei terzi contraenti

La profonda attenzione per tale profilo, presente nelle opere della giurisprudenza romana e in alcune decisioni della Cancelleria imperiale, la analizziamo dapprima in riferimento alle informazioni precontrattuali destinate a quanti avessero voluto contrattare con i gestori delle *negotiationes*.

Attraverso l'*actio institoria*, come è noto, si realizzava la tutela dei terzi che avessero contrattato con l'institore nell'ambito della *praepositio*, onde far valere una responsabilità integrale (*in solidum*) del *negotiator* preponente per le obbligazioni non adempiute³. La possibilità di esercitare questa azione dipendeva perciò dal contenuto della preposizione institoria, dove si conferivano

² A. PETRUCCI, *Neque enim decipi debent contrahentes. Appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa nel diritto romano tardo repubblicano e del principato*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*, III, Cedam, Padova 2003, p. 95 ss., ID., *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori I*, Giappichelli, Torino 2007, p. 33 ss., ID., *Poteri e limiti per i negotiatores di predisporre le condizioni contrattuali fra tarda repubblica e principato*, in *SDHI*, 83, 2017, p. 11 ss.

³ Sull'argomento in dottrina si rinvia, per tutti, a F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pacini, Ospedaletto 1989, 24 ss.; A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti*, cit., 13 ss.; ID., *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 12 ss.; P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, in P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Giappichelli, Torino 2010, p. 56 ss.

all'istitore i poteri per compiere l'attività contrattuale inerente all'esercizio dell'impresa⁴. La preposizione non rilevava nella sola sfera interna dei rapporti tra preponente ed istitore, ma richiedeva forme di pubblicità, in modo che i suoi contenuti fossero conoscibili all'esterno ed i terzi avessero la possibilità di esserne informati. A tal fine si effettuava un'affissione scritta, indicata dalle fonti con il termine *proscriptio*⁵.

Sia l'editto che la formula dell'*actio institoria*⁶ erano privi probabilmente di espliciti riferimenti a tale affissione, perché il pretore si era preoccupato solo di delimitare la sfera di responsabilità del preponente mediante le parole *eius rei gratia cui praepositus fuerit*⁷. Un'articolata serie di prescrizioni con cui pubblicizzarla era stata invece elaborata dalla giurisprudenza in sede di commento a tale editto. Ce le tramanda il commentario di Ulpiano (28 *ad ed.* D. 14.3.11.3-4)⁸.

⁴ Cfr. Gai *Inst.* 4.71: *Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cui-libet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit*, e Ulpiano 28 *ad ed.* D. 14.3.5.11: *Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum qui praeposuit, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat id ad* <correzione dell'edizione di Mommsen> *quod eum praeposuit*.

⁵ Sui caratteri della *praepositio* e la sua pubblicità, oltre ai miei studi citati a nt. 3, si vedano, in tempi recenti, M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano* 1, Giuffrè, Milano 2008, p. 67 ss.; P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, cit., p. 56 ss.; G. MINAUD, *Les gens de commerce et le droit à Rome*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 2011, p. 185 ss.; M.A. LIGIOS, *Nomen negotiationis. Profili di continuità e di autonomia della negotiatio nell'esperienza giuridica romana*, Giappichelli, Torino 2013, p. 23 ss.; A. CASSARINO, *Ricerche sulle clausole predisposte da un contraente nel diritto romano fra tarda repubblica e principato. Il caso dei negotiatores terrestri e degli exercitores navis*, Giappichelli, Torino 2018, p. 1 ss.

⁶ Nella ricostruzione della sua formula, modellata, come si sa, su quella della relazione contrattuale sottostante tra istitore e terzo, l'opinione ancor oggi prevalente (cfr. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³ (= *EP*³), Tauchnitz, Leipzig 1927, p. 264; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Cedam, Padova 1999, p. 80), prevede una trasposizione di soggetti con l'indicazione, nella clausola relativa alla pretesa dell'attore (*intentio*), del nome dell'istitore preposto, che aveva concluso il contratto rimasto inadempito, e con menzione, invece, nella clausola dove il giudice era investito del potere di condannare o assolvere il convenuto (la *condemnatio*), dell'avente potestà, chiamato a rispondere patrimonialmente per l'intero verso l'attore creditore. Una diversa opinione, rappresentata da M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle «actiones adiecticiae qualitatis»*, Giappichelli, Torino 2001, p. 185 ss., nega la trasposizione, supponendo che il soggetto obbligato, citato nell'*intentio*, non fosse l'istitore, bensì lo stesso preponente, sul quale gravavano rischio e responsabilità.

⁷ Così l'opinione dominante: O. LENEL, *EP*³, cit., 258 e nt. 12; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², Beck, München 1996, p. 342; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., p. 79 ss.; P. CERAMI, *Introduzione*, cit., p. 52; M.A. LIGIOS, *Nomen negotiationis*, cit., p. 24 ss.; A. PETRUCCI, *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 13 ss.; A. CASSARINO, *Ricerche sulle clausole predisposte da un contraente*, cit., p. 3.

⁸ Per una loro più ampia illustrazione cfr., di recente, A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., p. 27 ss., *Id.*, *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 13 ss., *Id.*, *Potere informativo e conclusione del contratto*, *CIT.*, p. 560 ss.; M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., p. 68 ss.; G. MINAUD, *Les gens de commerce*, cit., p. 191 ss.; M.A. LIGIOS, *Nomen negotiationis*, cit., p. 40 ss.; A. CASSARINO, *Ricerche sulle clausole predisposte da un contraente*, cit., p. 4 ss.

L'affissione con cui si rendeva nota la preposizione doveva essere chiara, ben leggibile e collocata all'ingresso del locale o del luogo in cui era esercitata l'attività economica, facendo uso di una lingua comprensibile agli abitanti del luogo. Rispettando tali requisiti, non avrebbero trovato ascolto eventuali doglianze di terzi contraenti con l'istitore, che dicessero di non saper leggere oppure non avessero osservato il contenuto di quanto affisso⁹. Inoltre, la pubblicità dell'affissione doveva essere permanente, per cui, se i terzi avessero concluso un contratto con l'istitore in un momento in cui questa mancava o era oscurata, si concedeva loro comunque protezione mediante l'*actio institoria* contro il preponente. E lo stesso avveniva anche allorché un terzo l'avesse tolta o fosse divenuta illeggibile per vetustà, pioggia o altre cause simili o ancora fosse stato lo stesso istitore a sottrarla per ingannare un contraente, a meno che anche costui non fosse stato partecipe del dolo¹⁰.

Come si vede, si stilano criteri "redazionali" e di collocazione "strategica" della preposizione, per informare dei suoi contenuti e conseguentemente anche dei confini della responsabilità del preponente, cosicché restano privi di protezione quanti avessero contrattato con l'istitore al di fuori della sfera dei poteri a lui attribuiti, senza poter addurre come giustificazione il proprio analfabetismo o ignoranza della lingua o disattenzione per il contenuto. Parallelamente, era riconosciuta ai terzi creditori la facoltà di esercitare l'*actio institoria* (facendo valere la responsabilità integrale del preponente per le obbligazioni contrattuali non adempiute dall'istitore), tutte le volte in cui fosse stata loro preclusa, anche in via temporanea, la visione del contenuto della preposizione per cause imputabili al preponente o all'istitore stesso.

Si tratta quindi di una responsabilità discendente dalla semplice mancanza di informazione, a prescindere se ciò fosse dipeso da dolo o colpa del preponente oppure del suo istitore o anche dal fatto di un terzo (è il caso della sottrazione della *proscriptio* ad opera di un terzo: *si... alius autem sustulit*).

Più importante, tuttavia, ai fini del nostro discorso risulta il § 5 di D. 14.3.11, dove Ulpiano tratta dei possibili contenuti della *praepositio institoria*:

Condicio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege vel interven-
tu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem?
aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. Item si <qui> plures habuit

⁹ *Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti litteris utrum Graecis an Latinis? puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur.*

¹⁰ *Proscriptum autem perpetuo esse oportet: ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit. proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri. sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praepONENTI nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit.*

institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere. sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes.

L'attività contrattuale dell'istitore doveva attenersi a quanto indicato nell'atto di preposizione dal preponente (*condicio autem praepositionis servanda est*), il quale godeva della piena libertà di disporre una o più clausole da includere nei singoli contratti relativi all'attività economica esercitata. Ulpiano ne offre qui un'esauriente tipologia, proponendo come esempi: *a)* l'inserimento di una determinata condizione contrattuale (*certa lex*); *b)* l'intervento di garanti personali o l'assunzione di garanzie reali; *c)* la limitazione ad un certo oggetto. L'osservanza di esse da parte dei terzi contraenti è ritenuta conforme ad equità (*aequissimum erit id servari, in quo praepositus est*). E lo stesso è ribadito con riferimento ad eventuali clausole, inerenti alla legittimazione a concludere i contratti, come quella sulla nomina di più institori autorizzati ad intervenire congiuntamente o disgiuntamente nella contrattazione (*si <qui> plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo*), e quella sul divieto di contrattare con l'istitore indirizzato a singole persone o categorie di uomini o imprenditori (*certum genus hominum vel negotiatorum*), controbilanciato dal permesso di farlo concesso ad altri determinati soggetti. Tuttavia – conclude il giurista – qualora una continua variazione dei divieti e permessi di concludere contratti con l'istitore (*sed si alias – continua variatione*) avesse occasionato una situazione di incertezza nei contraenti circa i suoi poteri, essi trovavano una puntuale tutela nella concessione dell'azione institoria contro il preponente (*danda est omnibus adversus eum actio*), con fondamento sulla *ratio* che i contraenti non devono essere ingannati (*neque decipi debent contrahentes*)¹¹.

Siamo qui in presenza di obblighi informativi di natura sostanziale attinenti a clausole che incidevano sull'affidamento dei potenziali contraenti con l'istitore; così come incideva sul loro affidamento la libertà del preponente di predisporre e variarle. Il pensiero del giurista sul punto è chiaro e limpidamente espresso nella formulazione conclusiva di D. 14.3.11.5. Il criterio per cui i contraenti non vanno ingannati (*neque decipi debent contrahentes*),

¹¹ Su tale testo v., tra gli studi più recenti, A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione*, cit., p. 22 ss.; ID., *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 16 ss.; ID., *La predisposizione unilaterale delle clausole contrattuali: libertà e limiti. Diritto romano ed ordinamenti moderni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 39/2019, 72 ss.; M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., p. 70 ss.; A. M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Böhlau, Köln-Weimar-Wien 2010, p. 321; G. MINAUD, *Les gens de commerce*, cit., p. 189; M.A. LIGIOS, *Nomen negotiationis*, cit., p. 26 ss.; A. CASSARINO, *Ricerche sulle clausole predisposte da un contraente*, cit., p. 6 ss.

che il giurista enuncia con riferimento ai poteri di più institori ed ai divieti e permessi di contrattare con loro, andava applicato ad ogni *continua variatio* delle “condizioni generali di contratto”, proprio perché incarna il principio della buona fede oggettiva, cui si informa l’intera disciplina ora descritta¹².

Altro settore, dove spicca un’assoluta rilevanza dell’affidamento dei terzi, è quello delle conseguenze legate all’inadempimento contrattuale dell’institore che ha agito al di fuori dei limiti della preposizione. Basta richiamare il celebre caso trattato da Paolo (1 *decret.*) in D. 14.5.8, dove si dice:

*Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, nam <corr. ed. Mommsen> pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videri <corr. ed. Haloander> hoc dominum mandasse. sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.*¹³

Tiziano Primo, il titolare di un’impresa finanziaria – forse un banchiere – aveva preposto un suo schiavo come institore con il compito di dare denaro a mutuo e di ricevere cose in pegno a garanzia della restituzione (*Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis*). Lo stesso era però solito anche assumere nei confronti dei commercianti di orzo il debito dei compratori e pagarlo (*is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere*). Ad un certo momento lo schiavo institore si dà alla fuga ed un commerciante d’orzo, al quale era stato delegato da un compratore a pagare il prezzo, rimasto insoddisfatto, chiama in giudizio il preponente per il mancato adempimento (*cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris*), ma questi nega di essere responsabile a tale titolo, perché l’intermediazione creditizia a favore degli acquirenti per il pagamento del prezzo ai venditori commercianti d’orzo esulava dalla preposizione institoria (*negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset*). Tuttavia, nel processo l’attore riesce a provare che quello stesso institore aveva

¹² Curiosamente questo importante testo appare ignorato dai cultori della *Law and Economics*, quando si occupano dell’asimmetria informativa in una prospettiva di comparazione diacronica: v. il quadro offerto al riguardo da L. MAGANZANI, *Economia e diritto romano*, cit., 158 ss.

¹³ Sono state accolte le due piccole correzioni formali, segnalate nel testo latino, che vengono proposte dalle edizioni del Digesto di Aloandro e di Mommsen; tuttavia, anche non accogliendole, la sostanza della complessa vicenda giudiziaria non cambierebbe.

gestito anche altre attività, preso in locazione magazzini e pagato a molti (*cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur*), inducendo perciò il prefetto dell'annona a pronunciare la sentenza contro il preponente (*praefectus annonae contra dominum dederat sententiam*). Osserva a questo punto Paolo che l'intermediazione dell'istitore nel pagamento delle partite di orzo andava qualificata come se fosse stata una fideiussione, in quanto assumeva il debito degli acquirenti e poi lo estingueva (*dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, nam pro aliis suscipit debitum*), e che in tali casi non si era soliti concedere l'azione contro il preponente, non risultando che gli avesse dato incarico di far ciò (*non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videri hoc dominum mandasse*). Ma nel giudizio d'appello l'imperatore conferma la decisione del prefetto, sul presupposto che Tiziano Primo aveva sostituito l'istitore in tutte le sue attività (*sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator*)¹⁴.

La questione specifica ruota, dunque, intorno all'inadempimento da parte dell'istitore delegato da un acquirente (mediante una *delegatio promittendi*) al pagamento del prezzo di una partita di orzo al venditore, operando così una novazione soggettiva. Tale questione ne coinvolge però un'altra ben più ampia, consistente nella responsabilità del preponente per gli atti compiuti dall'istitore al di fuori dei poteri che gli sono stati conferiti.

Le due questioni sono affrontate e decise in un giudizio di primo grado davanti al prefetto dell'annona e poi, in via definitiva, nel giudizio di appello presso il tribunale imperiale.

Durante il giudizio di primo grado si contrappongono chiaramente due argomentazioni. La prima è quella avanzata da Tiziano Primo nella sua difesa: non essendo l'attività di delegato dell'istitore compresa tra quelle indicate nella preposizione, non si sarebbe potuta invocare una sua responsabilità per la stessa. La seconda si coglie invece nelle prove fornite dal commerciante d'orzo che agisce in giudizio, per cui, più che la volontà del preponente, conta il complesso delle attività realizzate in concreto dall'istitore in considerazione dell'affidamento che esse suscitano nei terzi contraenti. Ed è proprio questa seconda argomentazione che viene recepita dal giudice di primo grado (il

¹⁴ Su questa nota vicenda, oltre ai diversi miei contributi già ricordati (A. PETRUCCI, *Neque enim decipi debent contrahentes*, cit., p. 95 ss., ID., *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, cit., p. 33 ss., ID., *L'impresa bancaria: attività, modelli organizzativi, funzionamento e cessazione*, in P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., p. 170 ss.), si vedano, negli ultimi anni, B. KUPISCH, *Paul. 1 'decret.' D. 14.5.8. Ein 'dunkler' Paulus und ein 'fortschrittlicher' Kaiser?*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, 4, Napoli 2001, 465 ss.; E. JAKÁB, *Vertragspraxis und Bankgeschäfte im antiken Puteoli: TPSulp. 48 neu interpretiert*, in *'Pistoi dia tèn technèn'. Bankers, Loans and Archives in the Ancient World. Studies in honor of R. Bogaert*, Peeters, Leuven 2008, p. 341s s.; M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Giuffrè, Milano 2012, p. 381 ss. e M.A. LIGIOS, *Nomen negotiationis*, cit., p. 67 ss.

prefetto dell'annona), il quale accoglie la domanda dell'attore, condannando Tiziano Primo.

La sentenza non incontra, però, il favore di Paolo che, nel riferirla, solleva dei dubbi, in quanto la funzione di delegato assolta dall'institore poi fuggito si sarebbe configurata come una fideiussione, un'attività per la quale il preponente era responsabile solo nel caso di uno specifico incarico attribuito all'institore stesso.

Probabilmente sono queste le ragioni che inducono Tiziano Primo ad impugnare la sentenza davanti al tribunale imperiale, che però la conferma, in piena sintonia con l'orientamento del prefetto dell'annona, in quanto il commerciante d'orzo riesce a dimostrare che il preponente si faceva sostituire dall'institore in tutte le sue attività.

Le due argomentazioni contrapposte, sostenute dall'attore e dal convenuto nei due gradi di giudizio, rispondono a due diverse prospettive. La prima, conforme ai principi del *ius honorarium*, trapela dalle parole di Paolo in due punti: *a*) quando espone la difesa di Tiziano Primo fondata sulla circostanza che l'attività di delegato non era tra quelle conferite all'institore nell'atto della preposizione, non potendosi dunque invocare una responsabilità del preponente per il suo mancato adempimento; *b*) quando critica le motivazioni sottese alla sentenza del prefetto dell'annona, perché non avrebbero tenuto conto che, configurandosi questa funzione di delegato come una sorta di fideiussione, non si era soliti concedere per questo l'azione contro il preponente, a meno che non vi fosse stato un apposito incarico¹⁵.

Una simile linea di pensiero, come è evidente, assegna un ruolo fondamentale ed esclusivo all'elemento volontaristico della preposizione: una volta pubblicizzata nei modi dovuti (e su ciò non si sollevano dubbi nel caso qui analizzato), i terzi contraenti che non ne avessero osservato il contenuto sarebbero rimasti privi del rimedio dell'azione institoria. E proprio per tale circostanza – nella visione del giurista e, forse, di altri membri del tribunale imperiale – il prefetto dell'annona avrebbe dovuto rigettare la pretesa dell'attore (il commerciante d'orzo)¹⁶.

¹⁵ In tal modo Paolo si sarebbe riallacciato a quanto già affermato da Papiniano 3 *resp.* D. 14.3.19.3, che, nella prima parte, nega la responsabilità per l'intero (*in solidum*), secondo il diritto pretorio, (*iure praetorio*) del preponente, il cui schiavo institore, incaricato a prestare denaro ad interesse, avesse svolto funzioni di intermediario assumendo debiti altrui (*Servus pecuniis tantum faenerandis praepositus per intercessionem aes alienum suscipiens ut institorem dominum in solidum iure praetorio non adstringit*). Sul punto v. B. KUPISCH, *Paul. 1 'decret.'* D. 14.5.8, cit., 478 ss.; M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit*, cit., p. 389 ss.

¹⁶ Sulla non conformità della sentenza del prefetto dell'annona alle regole del diritto pretorio, che non ammettevano la responsabilità del preponente per le attività compiute *extra praepositionem* e sulla discussione che sarebbe emersa sul punto nel *consilium principis* v., per tutti, M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit*, cit., 386 ss., dove si riassumono le diverse posizioni dottrinarie moderne. Esistono, infatti, alcuni dati che ci consentono di ricostruire la soluzione elaborata nella giurisprudenza, almeno dal I secolo d.C., per le situazioni in cui i terzi avessero contratto con uno schiavo institore in violazione del contenuto della preposizione

La seconda prospettiva è quella in cui si muove quest'ultimo e si riflette nelle motivazioni addotte, prima, nella sentenza del prefetto dell'annona e poi dell'imperatore: andava dato il debito peso alle attività effettivamente realizzate dall'istitore, anche al di fuori dei poteri conferiti, sottolineando l'affidamento da esse ingenerato nei terzi contraenti e riconoscendo alla volontà del preponente un ruolo solo iniziale. Infatti, il contenuto della preposizione e la conseguente delimitazione della responsabilità non dipendono esclusivamente dal volere di chi prepone, ma si determinano anche attraverso l'esercizio concreto delle attività dell'istitore, che ne risultino in qualche modo collegate¹⁷.

Questa seconda prospettiva, messa già in luce sul finire dell'età repubblicana ad opera di alcuni giuristi¹⁸, implica un superamento del principio esclusivamente volontaristico, ruotando intorno all'esigenza di tutelare la buona fede dei contraenti con l'istitore. Nella nostra fattispecie, infatti, si era venuta a creare una situazione oggettiva in cui i venditori erano convinti, grazie anche alla condotta di Tiziano Primo, che l'istitore (poi fuggitivo) fosse stato autorizzato a porre in essere *delegationes promittendi*, inducendo perciò uno di loro ad adire con successo la giurisdizione imperiale in entrambi i gradi del giudizio proprio sulla base dell'applicazione del principio della buona fede oggettiva¹⁹.

oppure con uno schiavo operante nell'impresa non preposto quale istitore, e quindi escluso dal compimento della relativa attività contrattuale. In base a tali dati, l'aver ignorato la *praepositio* o averne travalicato i limiti non permetteva in nessun caso l'esercizio dell'azione institoria contro il preponente ed un'eventuale protezione dei diritti dei terzi creditori era subordinata alla formazione di un peculio da parte dello schiavo istitore o lavorante nell'attività imprenditoriale, o comunque ad un arricchimento del titolare. Solo in presenza di questi presupposti essi avrebbero potuto disporre dell'*actio de peculio vel de in rem verso* contro il padrone (*dominus*). Rivelatori di tale soluzione sono in modo particolare i seguenti passi, tratti ancora da Paolo: D. 15.1.47pr. (Paul. 4 *ad Plaut.*), D. 14.3.17.1 e D. 14.3.17.4 (Paul. 30 *ad ed.*), in cui si riconosce ai creditori del servo istitore o lavorante nella *taberna* la possibilità di esercitare l'*actio de peculio et de in rem verso* in luogo dell'institoria, allorché abbia esulato dai limiti della preposizione oppure non sia stato neppure preposto. Questa possibilità risulta esplicitamente affermata anche da Gai. 4.74 e Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 15.1.29.1. Sull'argomento in dottrina cfr. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 236 s.; A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., p. 37 ss.

¹⁷ Su tale aspetto ha insistito, a più riprese, M. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., p. 194 ss.; EAD., *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in IURA, 53, 2002 (edito 2005), p. 82 ss.; EAD., *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, cit., p. 67 ss., p. 78 ss.

¹⁸ Cfr. D. 14.1.1.8-9 (Ulp. 28 *ad ed.*), dove si richiama il parere di Ofilio, seguito poi da Pegaso e Pedio. Sul punto v., in particolare, M. MICELI, *Sulla struttura*, cit., p. 194 ss.

¹⁹ Mi sia consentito di rinviare a quanto ho scritto al riguardo in A. PETRUCCI, *Neque enim decipi debent contrahentes*, cit., p. 101 ss. e ID., *Per una storia*, cit., p. 36 ss. Avendo io accettato la correzione dell'edizione del Mommsen *nam <in luogo di non> pro aliis suscipit debitum* in riferimento alla prima parte della critica di Paolo alla sentenza del prefetto dell'annona, non posso attribuirgli il significato opposto a quello letterale, come sostiene invece M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit*, cit., p. 391 nt. 406. V. anche M.A. LIGIOS, *Nomen negotiationis*, cit., p. 73 ss., la quale accentua la libertà degli organi giudicanti imperiali nel correggere o addirittura sovvertire principi comunemente accolti.

Il terzo settore considerato attiene sempre all'inadempimento contrattuale, ma si riferisce a quello dovuto al sostituto del *magister navis*, preposto da lui e non dall'armatore.

Nel II secolo a.C., poco prima dell'*actio institoria*, come si sa, fu introdotta dal pretore l'*actio exercitoria*, applicabile alla sola impresa di navigazione marittima o fluviale, per far valere una responsabilità integrale (*in solidum*) dell'armatore (*exercitor navis*) da parte di quanti, avendo contrattato con il comandante della nave (*magister navis*) nell'ambito delle attività cui era stato preposto, vedevano poi i propri crediti rimanere insoddisfatti²⁰. I contorni della responsabilità dell'*exercitor* dipendono dunque anche in questo caso dal contenuto della *praepositio* del *magister*, come puntualmente ci attestano le fonti, nonostante non ci forniscano dettagli su come darne pubblicità²¹.

Nella prospettiva della protezione dell'affidamento dei terzi contraenti una situazione di particolare interesse è quella affrontata dai giuristi in relazione alla responsabilità dell'armatore derivante dai contratti conclusi, nell'ambito naturalmente della preposizione, da un *magister navis* preposto dal *magister* stesso, vale a dire da un suo sostituto, designato sovente come *promagister* nella terminologia medievale²². Illuminante al riguardo è il § 5 di D. 14.1.1, dove Ulpiano afferma:

Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem et magister: et hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem. quid tamen si sic magistrum prae-

²⁰ Per tale azione e lo schema organizzativo dell'impresa di navigazione cui essa si riferisce cfr., per tutti, F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., p. 24 ss.; A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick I*, in ZSS, 111, 1994, p. 289 ss., p. 298 ss.; A. FÖLDI, *Remarks on legal structures of enterprises in Roman Law*, in RIDA, 43, 1996, p. 179 ss.; M. MICELI, *Sulla struttura*, cit., p. 188 ss.; A. PETRUCCI, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 a.C.-235 d.C.)*, in P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*³, cit., p. 224 ss.; A. CASSARINO, *Ricerche*, cit., p. 41 ss. Analogamente a quella institoria, anche la formula dell'azione *exercitoria* non era altro che un adattamento dell'azione nascente dal rapporto contrattuale sottostante concluso con il comandante della nave; pertanto la sua ricostruzione è identica a quella dell'*actio institoria*, con le opportune modifiche: cfr., per tutti, O. LENEL, *EP*³, cit., p. 257 ss. Ed anche di essa ne esistono attualmente due varianti, le stesse sulle quali ci siamo già soffermati *supra*, nt. 6.

²¹ V. soprattutto Ulpiano 28 *ad ed.* D. 14.1.1.12-14, sul quale rinvio, tra i più recenti contributi della dottrina, a G. MINAUD, *Les gens de commerce*, cit., p. 190 ss.; A. GIOMARO, *Mutuo, inadempimento e onere della prova nel diritto commerciale romano*, Aras Edizioni, Fano 2012, p. 11 ss.; M.A. LIGIOS, *Nomen negotiationis*, cit., p. 59 e A. CASSARINO, *Ricerche*, cit., p. 43 ss., oltre ai miei A. PETRUCCI, *Particolari aspetti giuridici*, cit., p. 226 ss. e ID., *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 18 ss.

²² Sull'uso di tale denominazione si vedano J. ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, S.E.V.P.E.N., Paris 1966, p. 245; A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen*, cit., p. 309 ss.

posuit, ne alium ei liceret praeponere? an adhuc Iuliani sententiam admittimus, videndum est: finge enim nominatim eum prohibuisse, ne Titio magistro utaris. dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium.

Dopo aver definito, nei precedenti §§ 1 e 4 del medesimo frammento, la nozione giuridico – economica di *magister* e l'irrelevanza del suo *status*, Ulpiano prosegue facendovi rientrare anche il *magister* preposto dal *magister* (*magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem et magister*). Tale decisione si fonda su un precedente responso dato da Giuliano in una fattispecie nella quale l'armatore era all'oscuro (*ignorans*) della preposizione compiuta dal proprio comandante (*et hoc consultus – respondit*): si osserva, infatti, che, se fosse stato consapevole e tollerante (*sciens et patiens*), si reputava aver compiuto egli stesso la preposizione del sostituto (*ceterum si scit – videtur*). Questo responso, approvato da Ulpiano (*quae sententia mihi videtur probabilis*), trova la sua *ratio* nella necessità che l'armatore risponda di tutti i fatti del *magister* per non ingannare i contraenti (*omnia enim facta – contrahentes decipientur*), trattandosi di un'esigenza di utilità maggiormente avvertita nell'impresa di navigazione rispetto a quelle *lato sensu* commerciali terrestri (*et facilius – propter utilitatem*).

Nell'ultima parte del testo il giurista affronta l'ulteriore questione se i terzi contraenti possano far valere la responsabilità dell'*exercitor* anche quando, contravvenendo ad un esplicito divieto, il *magister* abbia, a sua insaputa, preposto un sostituto (*quid tamen – liceret praeponere?*). Si chiede, infatti, se vada accolto il responso di Giuliano (*an adhuc Iuliani sententiam admittimus, videndum est*) nel caso in cui, nonostante l'armatore avesse espressamente proibito al *magister* di farsi sostituire nelle sue funzioni da una determinata persona, ad esempio Tizio, questi lo abbia comunque fatto (*finge enim – Titio magistro utaris*). E la soluzione, cui perviene Ulpiano, è affermativa, motivandola con la necessità di promuovere l'utilità dei naviganti (*dicendum tamen – utilitatem navigantium*)²³.

È curioso che per lungo tempo l'attenzione della letteratura romanistica verso questo testo non si sia concentrata sul contenuto, di una chiarezza lapalissiana, bensì sulla datazione, attribuendola all'epoca postclassica o addirittura giustiniana, perché il diritto pretorio (*ius honorarium*) – e di conseguenza i commenti che ne fanno i giuristi del Principato – si sarebbe interessato unicamente delle necessità dei traffici commerciali, senza alcun tipo di preoccupazione per l'affidamento e l'utilità dei contraenti con il comandante della nave²⁴.

²³ Sul significato di 'promuovere' del termine latino *perducere* cfr. A. FORCELLINI, s.v. "Perduco", in *Lexicon totius Latinitatis* 4, Typis Aldinianis, Prati 1868, p. 896.

²⁴ Si vedano gli autori citati in E. LEVY - E. RABEL, *Index interpolationum* 1, Böhlau, Weimar 1929, p. 234. Per limitarci alla dottrina italiana, cfr. le posizioni critiche di S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, in *Scritti di diritto romano* 4, Napoli 1963, p. 246 e F. DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria* in *Riv. Dir. nav.*, 7, 1941, ora in *Diritto, Economia e società nel mondo romano* 1, Jovene, Napoli 1995, p. 503 ss., la polemica verso di esse di G. PUGLIESE, *In tema*

A prescindere dalla limitata importanza in questa sede dei problemi di cronologia delle parole di Giuliano ed Ulpiano, che riflettono comunque valori appartenenti all'esperienza giuridica romana nel suo complesso, da tempo ormai gli studiosi sono persuasi della loro reale corrispondenza al diritto vigente nel periodo in cui i due giuristi vissero²⁵.

D. 14.1.1.5 è perciò un'ulteriore dimostrazione di come il pretore crei l'azione *exercitoria* (al pari dell'*institoria*) perché riconosce meritevole di tutela l'affidamento dei terzi contraenti con un *magister navis*, indipendentemente da chi l'abbia preposto, in perfetta linea con quanto lo stesso Ulpiano afferma nella *laudatio edicti* di tale azione in D. 14.1.1 pr.²⁶ e nella parte iniziale di D. 14.3.1, con riferimento alle ragioni alla base dell'introduzione dell'*institoria*²⁷. Una visione questa rafforzata ancor più da tutta l'elaborazione giurisprudenziale, in sede di commento all'editto pretorio, costantemente ispirata alla *ratio* di non frustrare le aspettative e i diritti di coloro che entravano in rapporti contrattuali con il soggetto preposto²⁸.

di "*actio exercitoria*", in *Labeo*, 3, 1957, p. 312 ss, finalizzata ad un parziale e timido tentativo di rivalutazione dell'attendibilità del passo, e la tagliente replica dello stesso F. DE MARTINO, *Ancora sull' "actio exercitoria"*, in *Labeo*, 4, 1958, p. 632 ss., con un'affermazione emblematica quale: «Non possiamo comprendere come si possa accettare per l'epoca classica la decisione di D. 14.1.1.5, secondo la quale la sostituzione operata dal magister di un altro magister, ad insaputa dell'exercitor, è valida e rende responsabile costui per gli atti compiuti dal sostituto... il pretore... non era stato mosso dalla preoccupazione di evitare che i terzi potessero essere ingannati, ma unicamente dalle esigenze del traffico marittimo, le quali imponevano di garantire i terzi nei limiti della praepositio per la responsabilità del dominus».

²⁵ Cfr., per tutti, A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen*, cit., p. 309 ss.; A. FÖLDI, *La responsabilità dell'avente potestà per atti compiuti dall'exercitor suo sottoposto*, in *SDHI*, 64, 1998, p. 186 nt. 28; P. CERAMI, "*Mutua pecunia a magistro 'navis reficiendae causa' sumpta*" e "*praepositio exercitoris*", in *AUPA*, 46, 2000, p. 136 nt. 8; M. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., p. 203 nt. 32; A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione*, cit., p. 65 ss., ID., *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 21 ss.; A. CASSARINO, *Ricerche*, cit., p. 47 ss.

²⁶ Dove si dice: *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore*. Nel prosieguo emerge una tutela rafforzata dell'affidamento di quanti si avvalsero dei servizi di un'impresa di navigazione. Essi, infatti, contrariamente ai contraenti con gli institori, avrebbero potuto trovarsi in obiettive condizioni di difficoltà, per tempo e luogo, tali da non consentire loro ponderate riflessioni (*in magistro navis... interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium*), giustificando così il maggior rigore di valutazione della responsabilità dell'armatore.

²⁷ Il cui testo è: *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Sed non idem facit circa eum qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus acquisitis sibi actionibus...*

²⁸ Ad esempio, la medesima *ratio* pervade, sia pure in misura diversa, le soluzioni che i giuristi adottano per la protezione dei diritti dei terzi che concludono contratti con il preposto durante la vacanza di titolarità dell'impresa nell'arco di tempo tra la morte del preponente e l'accettazione del chiamato alla sua eredità. Ulpiano 28 *ad ed.* D. 14.3.5.17, nella prima parte del suo testo, ribadisce il principio per cui la morte del preponente non estingue la preposizione, qualora l'institore venga conservato nella sua funzione dall'erede (*si... decesserit qui praeposuit*

Appaiono così del tutto coerenti la necessità di non ingannare i creditori insoddisfatti del comandante o del suo sostituto (*omnia facta magistri – alioquin contrahentes decipientur*) ed i criteri dell'*utilitas navigantium*, sottostanti ai pareri pronunciati da Giuliano e da Ulpiano, al punto da risultare prevalenti rispetto ad eventuali divieti di sostituzione disposti dall'armatore²⁹. In tale ottica si comprende anche l'interesse che presenta il testo ora esaminato ai fini del nostro attuale discorso. Una clausola di esonero dalla responsabilità in caso di nomina non autorizzata del *magister* sostituto (in generale o con riferimento ad uno specifico individuo) non produce i propri effetti, benché debitamente pubblicizzata, quando entra in conflitto con quei valori protettivi dei terzi contraenti, che l'ordinamento considera preponderanti sulla libertà dell'*exercitor* di predeterminare le condizioni contrattuali inerenti all'*exercitio navis*³⁰.

3. La buona fede nei rapporti tra i soci

Il contratto di *societas*, come gli altri contratti consensuali, era basato sulla *bona fides*, che doveva informare di sé i rapporti tra i soci contraenti. Tale circostanza viene messa chiaramente in luce dalla giurisprudenza romana con riguardo sia alla struttura della società che i soci configuravano in concreto sia alla misura della loro reciproca responsabilità. Si tratta di argomenti già

et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur; sine dubio teneri eum oportebit.), che, per ottenerne l'estinzione, avrebbe dovuto revocarla; nella seconda parte del passo, invece – ed è ciò che qui rileva – si accorda protezione, attraverso l'azione institoria, ai diritti di quanti in buona fede non avessero saputo di concludere un contratto con l'institore in un momento di vuoto della titolarità dell'impresa, essendo il preponente morto e non avendo ancora il suo erede accettato l'eredità (*nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignorantibus dari institoriam actionem*). Al contrario, Paolo 30 *ad ed.* D. 14.3.17.3 – e prima di lui Pomponio che Paolo cita – propongono una diversa soluzione per le attività contrattuali svolte con l'institore tra il momento della morte del preponente e quello dell'accettazione dell'eredità, accordando in ogni caso l'azione institoria ai terzi contraenti per far valere i propri diritti, anche qualora avessero appreso della morte del preponente stesso ed il suo erede fosse eventualmente stato un infermo di mente (*eius contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi si furiosus heres existat, dandam esse actionem etiam Pomponius scripsit: non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrahat*). La preoccupazione comune ai tre giuristi è in ogni caso quella di dare protezione ai diritti dei contraenti con un institore nel lasso di tempo intercorrente tra la morte del preponente e l'accettazione della sua eredità da parte di un erede volontario (*heres voluntarius*), movendo dal presupposto che, una volta accettata, la preposizione continuava a produrre i propri effetti finché l'eredità non avesse rimosso l'institore (come si deduce dal primo periodo di D. 14.3.5.17 e da D. 14.3.11pr.). Per un approfondimento mi permetto di rinviare a A. PETRUCCI, *Per una protezione dei contraenti*, cit., p. 44 ss.

²⁹ In dottrina correttamente si insiste sull'elemento dell'*utilitas* come *ratio* alla base della tutela dell'affidamento dei terzi contraenti: v. A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen*, cit., p. 310 e più di recente M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Giappichelli, Torino 2002, p. 148 ss.

³⁰ Cfr. in tal senso, da ultimi, A. PETRUCCI, *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 25 ss.; A. CASSARINO, *Ricerche*, cit., p. 52 ss.

esplorati in dottrina³¹, ma che vale la pena riprendere nella particolare prospettiva qui evidenziata.

Come è noto, la *societas* è un contratto tipico, che i soci avrebbero potuto concludere mediante semplice consenso, espresso o tacito, idoneo a realizzare un ventaglio di modelli societari universali o particolari, schematizzati dalle Istituzioni di Gaio (3.148) e da due noti testi di Ulpiano 31 *ad ed.* D. 17.2.5 e 30 *ad Sab.* D. 17.2.7, a seconda dell'oggetto e degli scopi perseguiti³².

Il modello più diffuso per l'esercizio professionale di attività economiche (la *societas unius negotiationis* o *unius negotii*) subisce una profonda evoluzione tra la fine della Repubblica ed i primi decenni del Principato, perché lo schema contrattuale subisce progressivi adattamenti alle specifiche esigenze dei soci mediante patti aggiunti al momento della conclusione del contratto (*pacta adiecta in continenti*), aventi ad oggetto, innanzitutto, i conferimenti e le quote di partecipazione agli utili ed alle perdite.

L'evoluzione di tale fenomeno è tratteggiata da un celebre passo delle Istituzioni gaiane (3.149), ripreso da quelle giustinianee (I. 3.25.2), e ricordata anche da Paolo 6 *ad Sab.* D. 17.2.30, quando si allude alla *magna quaestio* tra Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo circa la possibilità di *coire societatem*, attribuendo ad uno dei soci una quota maggiore di lucro ed una minore di perdite³³.

³¹ Tra i contributi specifici sul tema apparsi negli ultimi anni ci limitiamo a rinviare a G. SANTUCCI, *Fides bona e societas: una riflessione*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., III, p. 359 ss.; P. LAMBRINI, *Il ruolo della fides nei fenomeni aggregativi in Roma antica*, in *Legal Roots* 8, 2019, p. 348 ss.

³² Della sterminata letteratura esistente sull'argomento si vedano, tra gli altri, M. TALAMANCA *Società (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, 42, Giuffrè, Milano 1990, p. 821 ss.; F.S. MEISSEL, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main 2004, p. 105 ss.; A. M. FLECKNER, *Die Kapitalvereinigungen im Antike*, cit., p. 126 ss.; P. CERAMI *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, cit., p. 77 ss.; Id., *Riflessioni sul "diritto societario". Fondamenti romani e simmetrie diacroniche*, in *IURA*, 62, 2014, p. 94 ss.; D. JOHNSTON, *The impact of economic activity on the structure of the law of partnership*, in *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, a cura di E. LO CASCIO - D. MANTOVANI, Pavia University Press, Pavia 2018, p. 325 ss.; A. PETRUCCI, *La flessibilità dello schema societario nell'exercitio negotiationum nel diritto romano della tarda repubblica e del principato*, in *Legal Roots*, 8, 2019, p. 369 ss.; A. LOVATO, *Forme societarie nel Principato: tipologia e casistica giurisprudenziale*, *ibidem* 9, 2020 (in corso di pubblicazione).

³³ In *Gai Inst.* 3.149 si dice: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse existimavit et ob id non esse ratum habendum. sed Servius Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti: nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet. Il testo di Paolo (6 *ad Sab.* D. 17.2.30), in cui riecheggiano le due contrapposte vedute, è il seguente: *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi**

Il primo giurista, ancora agli inizi del I secolo a.C. (la sua morte risale, come è noto, all'82 a.C.), negava tale possibilità, perché una *pactio* in tal senso sarebbe stata *contra naturam societatis*. Diversamente, Servio, il cui parere era prevalso, l'ammetteva giungendo al punto di affermare che uno dei soci avrebbe potuto addirittura essere escluso dalle perdite, ma partecipare agli utili, purché la sua opera fosse talmente preziosa nello svolgimento dell'attività sociale da far apparire equo un simile accordo (*si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*). Pertanto, quando Gaio scrive, era ormai pacifico che si potesse concludere una società in cui uno dei soci conferisse denaro (*ut unus pecuniam conferat*) ed un altro la propria opera, al fine di ottenere un lucro comune (<ut>... *alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit*), poiché – sottolinea il giurista – l'opera di qualcuno è spesso equivalente al denaro (*saepe enim opera alicuius pro pecunia valet*)³⁴.

Nella presa di posizione di Quinto Mucio si rifletteva ancora una concezione di società, in cui profitti e perdite andavano distribuiti in misura uguale e probabilmente anche proporzionale ai conferimenti patrimoniali dei soci, mentre con la sua *sententia* Servio apre una breccia che incide non solo sulla possibile diversa ripartizione di utili e debiti, ma anche sul valore e l'omogeneità dei conferimenti.

Si afferma così un modello societario essenzialmente plasmato sugli accordi fra i soci, che si venivano ad incorporare nel contratto proprio in virtù della buona fede che lo sorreggeva, divenendone delle sue clausole azionabili in giudizio con l'*actio pro socio* in caso di controversie³⁵.

In tal modo, il fondamento sulla *fides bona* garantiva la flessibilità del tipo contrattuale³⁶, consentendo ai soci di pattuire una divisione diseguale fra lu-

omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capitur. Come si può osservare, il testo conferma nella sostanza i termini della *quaestio*, pur se la parte iniziale del ragionamento di Servio sembrerebbe non contraddire Quinto Mucio (*Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi*). Per un confronto fra le due testimonianze cfr., per tutti, G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, Cedam, Padova 1997, p. 39 ss.

³⁴ Anche su tale passo esiste una vasta bibliografia, al cui interno le opinioni non sono però univoche: cfr., tra gli ultimi, R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. FIORI, Jovene, Napoli 2008, p. 15 ss.; P. CERAMI, *Riflessioni sul "diritto societario"*, cit., p. 96 ss.; G. SANTUCCI, *La «magna quaestio» in Gai 3.149*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 42, 2014, p. 331 ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², Einaudi, Torino 2017, p. 217 ss., p. 256; D. JOHNSTON, *The impact of economic activity*, cit., p. 331 ss.; E. STOLFI, *Commento. Iuris civilis libri XVIII*, in J.L. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, «L'Erma» di Bretschneider, Roma 2018, p. 327 ss.; A. PETRUCCI, *La flessibilità dello schema societario nell'exercitio negotiationum*, cit., p. 376 ss.; P. STARACE, *La 'parte' del leone: intorno a D. 17.2.29.2 (Ulp. 30 ad Sab.)*, in *Legal Roots*, 8, 2019, p. 375 ss.

³⁵ Cfr. sul punto G. SANTUCCI, *Fides bona e societas*, cit., p. 365 ss.

³⁶ V. R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale*, cit., p. 25 ss.; P. LAMBRINI, *Il ruolo della fides nei fenomeni aggregativi*, cit., p. 348 ss.

crum e *damnum*, con presunzione dell'uguaglianza solo in caso di silenzio³⁷, l'esonero di uno dalle perdite, ma non da una quota dei profitti, *si tanti sit opera, quanti damnum est*³⁸, e perfino l'affidamento della determinazione delle quote all'*arbitrium boni viri* di un terzo, scelto dai soci stessi, o di uno di loro³⁹. L'unico limite era rappresentato dall'inammissibilità della *societas leonina*, denominata così da Cassio Longino (almeno stando alla testimonianza di Aristone, richiamato da Ulpiano) per essere uno dei soci estromesso dagli utili, ma non dalle perdite (*Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare*)⁴⁰.

Alla diversità delle quote di partecipazione al lucro e ai danni avrebbe potuto seguire la disomogeneità dei conferimenti, con uno dei soci che prestava il capitale e l'altro la propria attività, se ritenuta così preziosa da rendere equa la sua qualità di socio, mettendosi così in risalto, oltre all'importanza dell'apporto di capitali, anche quella della capacità lavorativa di particolare valore "strategico". E, inoltre, ne sarebbero discese anche le ulteriori possibilità di effettuare conferimenti quantitativamente diseguali e di concordare la non piena corrispondenza tra conferimenti e ripartizione dei profitti e delle perdite⁴¹,

³⁷ Come rileva subito dopo Gai 3.150: *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt.*

³⁸ Ulpiano 30 *ad Sab.* D. 17.2.29 pr.-1, dove si riportano, tra l'altro, i pareri favorevoli di Sabino e Cassio: *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa. Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.*

³⁹ Accogliendo così l'orientamento in tal senso manifestato da Proculo 5 ep. D. 17.2.76, che lo ammetteva con riferimento all'arbitraggio di un *amicus communis*: *Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constitueret, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset...*, e 78: *in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est*; e confermato da Pomponio 9 *ad Sab.* D. 17.2.6 con riguardo anche all'arbitraggio rimesso ad uno dei soci: *Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*

⁴⁰ L'intero passo di Ulpiano 30 *ad Sab.* D. 17.2.29.2 è: *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.*

⁴¹ Sul ruolo assunto dalle pattuizioni fra soci in ordine ai conferimenti ed alle *partes damni et lucri* si rimanda in dottrina a G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., p. 10 ss., p. 21 ss., p. 54 ss.,

benché tra i moderni si discuta se tale punto di arrivo si fosse raggiunto già nel pensiero della giurisprudenza severiana oppure sia un portato del diritto giustiniano⁴².

Analogamente, un altro campo, dove il meccanismo dei patti sociali aggiunti al contratto incide sulla struttura della *societas*, per le ragioni appena viste riconducibili al reciproco affidamento tra soci, è quello delle cause di estinzione. Le fonti giuridiche, infatti, riportano dati inequivocabili, da cui risulta che essi avrebbero potuto regolarne o “neutralizzarne” alcune in via convenzionale, al fine di rendere più stabile la durata del vincolo societario⁴³. Ciò avviene in caso di morte o *capitis deminutio* di uno di loro.

Diversamente dalle soluzioni previste per le società dei pubblicani⁴⁴, infatti, negli altri modelli il decesso di un socio, da un punto di vista giuridico⁴⁵, determinava l'estinzione della società, non considerandosi valido il patto inserito nel contratto per continuare il rapporto sociale con l'erede del socio defunto, perché *qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*⁴⁶; tale patto era

p. 63 ss., p. 75 ss. (con ampia discussione delle opinioni della dottrina precedente) e ID., *Fides bona e societas*, cit., p. 367 ss. Di recente, cfr. anche J. M. BLANCH NOUGÉS, *Reflexiones acerca de la societas leonina en el Derecho romano*, in *RIDA*, 65, 2008, p. 83 ss.; D. JOHNSTON, *The impact of economic activity*, cit., p. 332 ss.; A. PETRUCCI, *La flessibilità dello schema societario*, cit., p. 375 ss.; P. STARACE, *La 'parte' del leone*, cit., p. 369 ss.

⁴² V., in particolare, S. SCIORTINO, *Ricerche in tema di società questuarie*, Giappichelli, Torino 2019, p. 73 ss., che, dopo aver riassunto i termini della questione, opta per il secondo orientamento.

⁴³ Non rileva qui la discussione se quelle elencate dalle Istituzioni di Gaio (Gai 151-154, riprese anche dalle Istituzioni giustinianee: I. 3.25.4-9) e dai testi giurisprudenziali contenuti nel Digesto (D. 17.2.4.1 (Mod. 3 *reg.*), D. 17.2.59 pr. (Pomp. 12 *ad Sab.*), D. 17.2.63.10 (Ulp. 31 *ad ed.*), D. 17.2.64 (Call. 1 *quaest.*), D. 17.2.65 (Paul. 32 *ad ed.*) valessero per le sole società composte da due soci, come pretende un autorevole, ma minoritario filone della dottrina (A. GUARINO, *La società in diritto romano*, Jovene, Napoli 1988, p. 81 ss., p. 123 ss., in particolare p. 152 ss.) oppure si applicassero anche alle plurilaterali, secondo l'opinione ancor oggi più diffusa (per tutti, M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, cit., p. 840; A.M. FLECKNER, *Die Kapitalvereinigungen im Antike*, cit., p. 344 ss., p. 447 ss.; P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, cit., p. 89 ss.).

⁴⁴ Dove i meccanismi dell'*adscriptio* e dell'*adscitio* consentivano di prevedere la continuazione della società anche in caso di morte di un socio: da ultimo, sul punto v. A. PETRUCCI, *La flessibilità dello schema societario*, cit., p. 374 ss. (con indicazione di altra letteratura).

⁴⁵ Sul piano concreto della sua funzionalità, infatti, proprio per il carattere consensuale del contratto, si sarebbe potuta immediatamente costituire una nuova società con l'erede del socio defunto, eventualmente anche *per facta concludentia*: v. Pomponio 6 *ad Sab.* D. 17.2.37: *Plane si hi, qui socii heredes exstiterint, animum inierint societatis in ea hereditate, novo consensu quod postea gesserint efficitur, ut in pro socio actionem deducatur*; Modestino 3 *reg.* D. 17.2.4 pr.: *societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est*. Su questi testi cfr., tra gli altri, A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., p. 141 ss.; M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, cit., p. 818; F. S. MEISSEL, *Societas*, cit., p. 74; P. CERAMI, *Riflessioni sul "diritto societario"*, cit., p. 130 ss.

⁴⁶ Così Gai 3.152: *solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*; v. anche Pomponio 12 *ad Sab.* D. 17.2.59 pr. (*adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedebat societati*); Ulpiano 30 *ad Sab.* D. 17.2.35 (*nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit*),

invece ammesso per le società plurilaterali, dove l'estinzione si sarebbe verificata, a meno che *in coeunda societate* i soci non si fossero accordati per la sua prosecuzione tra i superstiti⁴⁷.

Anche in tema di *capitis deminutio* di un socio non solo l'effetto estintivo del vincolo sociale non avrebbe impedito la costituzione di una nuova *societas*, qualora i precedenti soci vi avessero consentito⁴⁸, assicurandone così la continuità operativa, ma, a partire da Giuliano, si radica anche l'opinione per cui il figlio in potestà emancipato, probabilmente socio d'opera, qualora avesse continuato a far parte della società con il consenso dell'altro o degli altri soci, non provocava la sua cessazione e sostituzione con una nuova, bensì lasciava in vita la medesima⁴⁹.

Infine, un ultimo aspetto, forse più scontato, in cui la *bona fides* reciproca tra soci si connette alla struttura della società è quello della liceità dell'oggetto dell'attività sociale, come inequivocabilmente sottolinea ancora Paolo 32 *ad ed.* D. 17.2.3.3: *societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo*. Nella sua interpretazione, infatti, mi sembra nettamente preferibile la posizione di chi riferisce le parole del giurista ad un accordo fra soci concluso per la commissione di atti dolosi o di frodi nei confronti di terzi, anziché agli atteggiamenti

Modestino 3 *reg.* D. 17.2.4. 1 (*Dissociamur... morte...*). In dottrina si vedano, per tutti, M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, cit., p. 841 ss.; P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, cit., p. 89 ss., p. 96 ss.

⁴⁷ È questa l'interpretazione più persuasiva di D. 17.2.65.9 (Paul. 32 *ad ed.*): *morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit*, ripreso da I. 3.25.5. Sul punto v. M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, cit., p. 841; P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, cit., p. 101. Non rileva in questa sede se l'ammissibilità di questo patto risalga alla fine del Principato oppure all'età giustiniana.

⁴⁸ Esplicito in tal senso Gai 3.153: *Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio mortis coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas*. Su di esso cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, cit., p. 842; P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, cit., p. 102, con discussione della precedente letteratura. Ciò sarebbe potuto avvenire anche laddove un socio fosse diventato uno schiavo, dal momento che i giuristi chiaramente fanno riferimento all'ipotesi di società con un socio di condizione servile: ad es., D. 17.2.18 (Pomp. 13 *ad Sab.*), D. 17.2.63.2 (Ulp. 31 *ad ed.*), D. 17.2.58.3 (Ulp. *ibidem*), e *a fortiori* qualora avesse perso la cittadinanza, trattandosi, come è noto, di un contratto sorto nell'ambito del *ius gentium*.

⁴⁹ Ulpiano 31 *ad ed.* D. 17.2.58.2: *Si filius familias societatem coierit, deinde emancipatus a patre fuerit, apud Iulianum quaeritur, an eadem societas duret an vero alia sit, si forte post emancipationem in societatem duratum est. Iulianus scripsit libro quarto decimodigestorum eandem societatem durare...* Nel seguito del passo, che esula dai nostri attuali interessi, il giurista discuteva il problema dell'esperibilità delle azioni contro il *filius* e contro il *pater*. Su di esso, ritenuto oggi sostanzialmente genuino, si vedano M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, cit., p. 842, che spiega l'affermazione di questa interpretazione giurisprudenziale con l'acquisita capacità giuridica dei figli in potestà; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., p. 96, nt. 140; P. CERAMI, *Introduzione*, cit., p. 103 ss., secondo i quali il riferimento sarebbe stato ad un *filius familias* socio d'opera, che avrebbe continuato a svolgerla in piena autonomia dopo la cessazione della patria potestà.

fraudolenti di un socio verso l'altro o gli altri al momento della conclusione del contratto⁵⁰.

Il carattere fiduciario alla radice dei rapporti sociali si esplicava anche allorché fossero insorte delle controversie interne. Analizziamo brevemente due situazioni.

Restando sempre in tema di estinzione, la società si sarebbe sciolta anche mediante l'esercizio non doloso del diritto di recesso (la *renuntiatio*) da parte di uno dei soci⁵¹; la facoltà di esercitarlo, però, doveva comunque essere circondata da precauzioni nell'interesse sociale o, in alternativa, venire regolata in modo convenzionale. In caso di una loro violazione o assenza, il vincolo fiduciario esistente tra i soci avrebbe imposto al recedente il risarcimento dei danni.

Infatti, secondo un testo di Paolo 32 *ad ed.* D. 17.2.65.5, che riporta una linea di pensiero risalente a Labeone, un recesso intempestivo da una società non sottoposta a termine (ed economicamente svantaggioso per la stessa) avrebbe costretto chi lo avesse effettuato a risarcire gli altri, salvo diversa pattuizione *in coeunda societate*⁵². Si tratta, come è evidente, di una soluzione che valorizza al massimo il ruolo della *bona fides*, ponendola alla base della pretesa risarcitoria del socio o dei soci pregiudicati da un'interruzione arbitraria dell'attività sociale. Meno rilevante è in questa sede se la posizione di Labeone fosse quella della sola *secta* proculiana o venisse anche condivisa dalla scuola giuridica dei Sabiniani⁵³.

La stessa valorizzazione del reciproco affidamento tra soci si coglie anche nell'ipotesi di una società a termine, qualora uno di loro avesse deciso di recedere immotivatamente prima della scadenza⁵⁴, e nell'ulteriore ipotesi in cui, essendosi stretto un patto per non recedere anteriormente ad un certo termine (*pactum ne intra certum tempus a societate abeat*), un socio lo avesse infranto in assenza di una giusta causa: entrambe le condotte avrebbero reso il loro autore responsabile per il risarcimento dei danni⁵⁵.

⁵⁰ Per l'interpretazione accolta nel testo cfr. G. SANTUCCI, *Fides bona e societas*, cit., p. 361 ss., ove si trova anche un'ampia sintesi della questione; da ultima, v. P. LAMBRINI, *Il ruolo della fides nei fenomeni aggregativi*, cit., p. 349.

⁵¹ Cfr. fonti e bibliografia citate a nt. 43.

⁵² Paolo 32 *ad ed.* D. 17.2.65.5: *Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione... Proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi societatem: semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit. Haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit.*

⁵³ Sul punto v., da ultimo, S. SCIORTINO, *Ricerche in tema di società questuarie*, cit., p. 113 ss., e in particolare p. 127 ss., il quale, dopo aver esaminato le diverse tesi della dottrina, sostiene che fosse un orientamento comune di entrambe le scuole giuridiche.

⁵⁴ Paolo 32 *ad ed.* D. 17.2.65.6: *item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat... nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit.*

⁵⁵ D. 17.2.14 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeat. Quid tamen si hoc convenit, ne abeat, an valeat? Eleganter Pomponius scribit frustra hoc convenire: nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. Sed et si convenit, ne*

Esaminiamo, per ultimi, gli effetti della reciproca fiducia tra soci sull'esercizio dell'*actio pro socio*, con la quale, come è noto, si regolavano in via giudiziale le controversie tra di loro dovute a condotte dolose o colpose⁵⁶, determinando la liquidazione della società ed il risarcimento dei danni in capo al socio condannato⁵⁷.

Nella formula di tale azione l'elemento fiduciario ricorre non solo nel richiamo contenuto nell'*intentio*, dove la pretesa del socio che agisce si esprime con le parole *quidquid ob eam rem alterum ab altero dare facere oportere ex fide bona*, ma anche nel *beneficium competentiae*, che implicava una limitazione del risarcimento dei danni per il socio condannato all'ammontare delle sue sostanze in quel momento (*id quod facere potest*), e nella conseguente infamia che gli veniva comminata.

Mettendo da parte il riferimento dell'*intentio*, su cui si sono ampiamente soffermati gli studiosi moderni⁵⁸, con riguardo al *beneficium*, si dice in D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*):

Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.

Un orientamento riconducibile a Sabino e condiviso da Ulpiano (*verum est quod Sabino videtur*) riteneva conforme ad una *summa ratio* (*hoc... summam rationem habet*) che un socio dovesse essere condannato nei confronti dell'altro o degli altri nei limiti della consistenza attuale del patrimonio, purché non ridotta con dolo (*in id quod facere possunt – condemnari oportere*), non solo nelle società universali, ma anche in quelle particolari (*etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei*), perché fra soci si instaurava

intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio: nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur: aut quid si ita iniuriosus aut damnosus socius sit, ut non expediat eum pati? Di tale patto si continua a trattare anche nei successivi frammenti D. 17.2.15-18. Su queste problematiche cfr. in dottrina M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, cit., p. 846 ss., dove si discutono le precedenti opinioni, e, più di recente, F.S. MEISSEL, *Societas*, cit., p. 67 ss.; A.M. FLECKNER, *Die Antike Kapitalvereinigungen*, cit., p. 343 ss., p. 356; P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, cit., p. 91 ss.; ID., *Riflessioni sul "diritto societario"*, cit., p. 124 ss.; D. JOHNSTON, *The impact of economic activity*, cit., p. 328 ss.; P. LAMBRINI, *Il ruolo della fides nei fenomeni aggregativi*, cit., p. 350.

⁵⁶ V. D. 17.2.52.1-2 (Ulp. 32 *ad ed.*): *venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides. Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet...* Sull'argomento rinvio, per tutti, a G. SANTUCCI, *Fides bona e societas*, cit., p. 372 ss.

⁵⁷ D. 17.2.63.10 (Ulp. 31 *ad ed.*), D. 17.2.65 pr. (Paul. 32 *ad ed.*).

⁵⁸ Rinvio, per tutti, a R. CARDILLI, «Bona fides» tra storia e sistema³, Giappichelli, Torino 2014, p. 12 ss., p. 31 ss. e ID., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Jovene, Napoli 2016, p. 239 ss.

un vincolo giuridico come di fratellanza (*cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*)⁵⁹.

Invece, l'applicazione della sanzione di infamia al condannato in un procedimento promosso dall'*actio pro socio* era disposta dallo stesso editto pretorio, almeno stando alle parole riportate da Giuliano (1 *ad ed.*) D. 3.2.1 pr.: *Praetoris verba dicunt: «infamia notatur... qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit...»*. Tuttavia, una tale conseguenza si sarebbe potuta evitare se, sfruttando il *beneficium competentiae*, il socio, anziché attendere la condanna, avesse offerto di adempiere nei limiti dell'*id quod facere potest*⁶⁰. Anche questa possibilità non c'è dubbio che sia riconducibile ai medesimi profili di *bona fides* e *fraternitas* tra soci.

4. Una breve conclusione

I due punti esaminati rivelano l'innegabile ruolo assunto dagli elementi fiduciari nella formazione della normativa che li disciplina. Nel primo, riguardante le relazioni contrattuali – potenziali o in atto – tra chi svolge le funzioni di *institor* o *magister navis* ed i terzi (clienti e/o fornitori), le basi sono gettate dagli editti pretori sulle azioni institoria ed *exercitoria*, ma i dettami in essi contenuti sono ampliati in sede interpretativa ed applicativa dai giuristi antoniniani e severiani e dalla Cancelleria imperiale di quest'ultimo periodo.

Lo abbiamo potuto constatare nell'elaborazione di disposizioni molto stringenti a garanzia di una corretta informazione precontrattuale e nel valutare la responsabilità del *negotiator* o dell'armatore preponente per l'inadempimento delle obbligazioni assunte, rispettivamente, dall'istitore al di fuori dei poteri conferitigli e dal sostituto del *magister navis*.

Anche in relazione al secondo punto, attinente, invece, ai rapporti interni tra i soci, la valorizzazione a livello giuridico dell'affidamento reciproco è un merito condiviso da pretori e giuristi. Se infatti si deve alla giurisprudenza, già a partire dall'età tardorepubblicana, di aver plasmato il tipo contrattuale in conformità agli specifici bisogni concreti e di aver rafforzato la *societas* contratta di fronte a certe cause di estinzione, sono stati i magistrati giurisdizionali ad introdurre nella formula dell'azione l'*oportere ex fide bona*, a limitare la condanna di un socio verso l'altro o gli altri all'*id quod facere potest* ed infine a collegare ad essa la sanzione dell'*infamia*.

⁵⁹ Sul contenuto di tale testo v., di recente, S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Cedam, Padova 2011, p. 299 ss., P. LAMBRINI, *Il ruolo della fides nei fenomeni aggregativi*, cit., p. 350, con altre indicazioni bibliografiche.

⁶⁰ Così M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, cit., p. 853.

Abstract [Ita]

Il contributo analizza, attraverso le fonti giurisprudenziali romane, i diversi profili di tutela dell'affidamento nei rapporti contrattuali con gli *institores* ed i *magistri navis* e nell'ambito delle relazioni tra i soci. Viene esaminato, in particolare, il ruolo delle informazioni precontrattuali contenute nella preposizione institoria, e le conseguenze dell'inadempimento contrattuale da parte dell'istitore che abbia agito oltre i limiti della preposizione, e del sostituto del *magister navis*, preposto dal *magister* stesso. In ambito societario, viene posta particolare attenzione al contenuto dei patti sociali aggiunti al contratto, al recesso del socio e all'esercizio dell'*actio pro socio*.

Parole chiave: tutela dell'affidamento, *actio institoria*, *institores*, *magister navis*, *societas*.

Abstract [Eng]

By relying on the sources of Roman case-law, the paper provides a study on protection of relational reliability (*tutela dell'affidamento*) in contractual agreements with *institores* and *magistri navis* and between business partners. The role of the pre-contractual information within the context of the *praepositio institoria* and the consequences of breach of contract by *institores* acting beyond their powers and by the representative appointed by the *magister navis* are examined. Specific attention is also paid to the content of amendment clauses added to business partnership agreements, to the discipline of the withdrawal by the partner and to the *actio pro socio*.

Keywords: protection of relation reliability, *actio institoria*, *institores*, *magister navis*, *societas*.